2



# POR

DON AMBROSIO MAGDALENO BRAVO y Angulo, vezino de la Ciudad de Xerez de la Frontera.

# EN EL PLEYTO

CON EL CABILDO DE LA SANTA IGLESIA Colegial de Señor San Salvador de dicha Ciudad.

*SE SVPLICA A V.S.*

QVE PARA LA CONFIRMACION DE LA ſentencia de viſta, que ſe ha pronunciado en dicho Pleyto, ſe ſirva V.S. tener preſentes los fundamentos de la juſticia, que cree le aſsiſte, reducidos à el Compendio de los ſiguientes Diſcurſos.

N.1. S HECHO CIERTO, que en 16. de Julio del año de 1725. el Canonigo Don Juan Magdaleno hallandoſe con la enfermedad de que muriò, diò ſu Poder para teſtar à el Don Ambroſio ſu hermano, en el qual previene, que otorgue ſu Teſtamento, ſegun le tenia comunicado, y puſieſſe todas las Clauſulas, que le parecieſſe, y en el remeniente de todos ſus bienes le inſtituyò, y nombrò por ſu vnico, y vniverſal heredero.

2. En 16. de Octubre de el miſmo año, el Don Ambroſio otorgò el Teſtamento inſertando el Poder: y dixo, que avia ſido voluntad de ſu hermano, que durante ſu vida, poſſeyeſſe todos los bienes muebles, y raìzes, y adminiſtrarlos, y diſponer buenamente de los muebles, y ſemovientes, y que los que quedaſſen por ſu fallecimiento pudieſſe diſponer haſta en la cantidad, que valieſſe ſu Funeral, y Miſſas, y todo lo demàs quedaſſe à diſpoſicion del Cabildo para la edificacion del nuevo Templo, que ſe eſtava haziendo, à que ſiempre avia ſido la inclinacion de ſu hermano; ſin que pudieſſe vender, ni enagenar los raìzes; y què por ſu muerte, y de ciertas Legatarias, lo que rentaſſen todos los dichos bienes, ſe empleaſſe en la obra de dicha Fabrica.

3. Y por otra Clauſula dixo, que à eſte fin fue voluntad de ſu hermano, que los bienes muebles, y ſemovientes, que deſpues de ſu muerte quedaſſen, los huvieſſe dicho Cabildo, los pudieſſe vender, y ſu producto emplearlo, para que la renta ſe convirtieſſe en la dicha obra; y acabada eſta, la renta de dichos bienes ſe avia de convertir en diferentes dotaciones, que và expreſſando, y que en eſta conformidad el dicho ſu hermano le avia inſtituìdo, y nombrado, y èl ſe inſtituìa, y nombraba por heredero.

4. Supueſtas eſtas Clauſulas, la duda de el pleyto oy ſe ofrece, en que el Cabildo pretende, el què el Don Ambroſio ſe ha de arreglar à eſte Teſtamento, y Clauſulas, ſin poder vender, ni enagenar algunos de los bienes de la herencia de dicho ſu hermano, y què ſolo es vſufructuario del caudal.

Y

5. Y pretende el Don Ambrosio, que se ha de declarar por ninguno este Testamento, que es dueño, y proprietario de el referido caudal, conforme à la institucion de su hermano en el Poder para testar, que el Testamento fue hecho à instancias, y persuasiones, y por disposicion de Don Juan Tamajòn, y Don Martin del Real, Canonigos de dicha Colegial, quienes lo dispusieron, sin poderlo entender el otorgante, y que assi no se le ha de embarazar la disposicion libre de los bienes: y aviendose pronunciado sentencia de vista en favor de el Don Ambrosio, la Iglesia ha suplicado, y està visto en revista; y por parte de Don Ambrosio se representan à V.S. los fundamentos de la justicia que le assiste, para la confirmacion de dicha sentencia.

6. Considerando à Don Ambrosio Comissario para hazer el Testamento, siendo este su vnico encargo, y el que està prevenido en el Poder, desde luego se viene en conocimiento, que el Testamento otorgado tiene precissa prohibicion de ley; (1) pues previniendose por esta, que el Comissario no pueda por virtud de el Poder, hazer heredero en los bienes de el Testador, ni mejoria, ni desheredar à ninguno, ni otra cosa alguna, sin que expressamente estè señalado en el mismo Poder, con la palabra limitativa, *y no mas.*

(1) *Ley 31. Tauri.*

7. Se halla, que en el tal Testamento haze diferentes legados, diziendo ser voluntad de su hermano dexar à Doña Micaela de San Miguel, y à Doña Sebastiana Lopez, el vsufructo de ciertos bienes raìzes, y despues instituye, como queda dicho, à el Cabildo por heredero en parte de los bienes, y à las Obras pias, que señalò, en otra porcion de ellos, y nada de esto està contenido en el Poder; porque la institucion de heredero, que le hizo, fue pura, y sin condicion, ni gravamen alguno, como en la misma Clausula se lee; con que desde luego se halla el dicho Testamento contrario à lo que la misma Ley Real dispone.

8. Porque solo el Comissario puede sin esta facultad, ni expression, descargar los cargos de conciencia del Testador, pagando sus deudas, y cargos de servicio, y otras semejantes, y mandar distribuir por el Alma del Testador la quinta parte de sus bienes, que

es

es conforme à otra Ley de Toro; (2) y en otra forma la voluntad, que se explica, se llama captatoria, & captiosa dispositio, porque viene el Comissario contra la mente, è intencion del Testador. (3)

9. Y semejante disposicion no vale, & à iure reprobatum: y es la razon, porque tanto de Derecho Divino, como Positivo, la facultad de testar es acto personalissimo, y depende de la mera, y absoluta voluntad, y libre arbitrio, la que no se puede cometer, ni por otro explicar; (4) de manera, que no siendo la voluntad propria del Testador, la que el Comissario explica siempre, la disposicion es ninguna, y no vale, siendo en tanto rigor, que aunque alias lo explicado por el Comissario fuesse la mente, y voluntad del Testador, como esta no estè explicada en el Poder, esta es ninguna, y no vale; porque con el motivo de lo dispuesto por la dicha ley 36. de Toro, se modificò la disposicion del Texto de el capitulo *Cum tibi de testibus*, en que por razon de equidad subsistia el heredero nominado, y la distribucion de los bienes de la herencia, aunque en el Poder no estuviesse expressado por lo dispuesto en dicha ley, no obstante de que la facultad del Comissario sea amplia, y se prevenga, que se estè à lo que dispusiere, si no està expressamente prevenido en el Poder. (5)

10. Y solo en el caso, que puede el Comissario sin especial Poder distribuir los bienes, es quando el Testador le cometiò su disposicion, con absoluta facultad para disponer de los bienes, es quando el Testador no tenia herederos, que lo fuessen abintestato, que entonces puede distribuir los bienes, con tal de que lo haga entre pobres, y causas pias, y en este caso està en observancia el dicho capitulo *Cum tibi*, como assi lo testifica (6) Y siendo cierto, que Don Juan Magdaleno, ni explicò en su Poder, que su hermano hiziesse legados, ni menos instituyesse à la Iglesia Colegial en parte alguna de la herencia, ni tampoco dexasse de tener herederos abintestato, la disposicion del dicho Testamento fue nula, y no arreglada à el Poder, y con resistencia de ley.

11. No niega la Parte de el Cabildo, que estas Reglas son ciertas; mas recurre à dezir, que lo

(2) *Ley 32. Tauri.*

(3) Vt D. Covarr. *in cap. Cum tibi n. 11. de testament.* Azeved. *in leg. 5. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 2. à num. 1.*

(4) *L. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. L. Captatorias, ff. de hæred. instituend.*

(5) Ant. Gom. *in leg. 32. n. 1.* versic. *Tertia conclusio.*

(6) El mesmo Gom. *Non stantibus successoribus abintestato, & isto casu remanet in correctus. Text. in dict. cap. Cum tibi.*

explicado por el Don Ambrosio fue la misma voluntad de el Don Juan, y que este fue vn Fideicommisso tacito, el que puede subsistir, aunq̃ no estè expresso en el Poder. (7) Es cierto, y no se duda, que puede aver Fideicommissos tacitos no expressados en el Poder, que el Testador dà; mas tambien es cierto, que como estos tales Fideicommissos sea menester, que se induzcan de las palabras del mismo Poder, las que se hallan escritas en los DD. son la primera, quando el Testador en el Testamento declarò, que sus bienes queria que por Fideicommisso se restituyessen, porque de esto se presume quod voluerit hæredem esse gravatum restituere filijs, vel alijs substitutis. La 2. es, quando el Testador delante de siete testigos en el Testamento, ò cinco en el Codicilo, declarò queria reducir su disposicion à Escriptura con el gravamen de Fideicommisso, y aviendola reducido, le omitiò. La tercera, quando instituyendo al hijo, substituyò à los de este. La quarta, quando declarò, que sus bienes fuessen comunes entre hijos, y descendientes cum alioquin bona esse non possint communia, nisi vnus alteri per Fideicommissum restituere, qui enim vult antecedens, dicitur etiam velle consequens. (8)

(7) *L. Licèt Imperator, ff. de legat. 1. L. Cum proponebatur in fin. L. Ex qui solidum. §. 1. ff. de legat. 2. L. Titius. §. 1. ff. de liber. & post. Non solum expressam, sed etiam tacitam, atque ex coniecturis desumptam.*

(8) *L. Ad rem legatam, ff. de Procuratorib.*

12. La quinta, quando el Testador dixo, queria que sus bienes fuessen de heredero en heredero, porque entonces se entiende lo mismo ac si dixisset de filio in filium, de descendente in descendentem, & ratio est, quod non potest de vno in alterum transire, vel de vno in alterum pervenire, nisi mediante restitutione.

13. La sexta, quando se terminò à diversos grados, y personas nomine appellativo. La septima, quando el Testador prohibuit detractationem quartæ Trebelianicæ, & alterius quotæ, ò prohibiò al instituìdo testar mientras hijos tuviesse. (9) La octava, quando instituyò al heredero generalmente en todos sus bienes, & post modum dixit, quod hæres ipse esset contemptus in certa re, porque de estas palabras se infiere el tacito Fideicommisso para la restitucion venientibus abintestato, ò le prohibiò la enagenacion de los bienes. (10)

(9) *Text. in leg. Qui filiũ in princip. ff. ad Trebel.*

(10) *L. Peto in princip. ff. de legat. 2.*

14. Y atendidas estas conjeturas, que por los

los DD. se previenen para inducir el Fideicommisso tacito, no se hallarà en el Poder, que el Testador diò, alguna de ellas de donde se pudiera inferir, y es precisso que entendamos lo mesmo, que los Textos, y Autores entienden, de que la voluntad explicada por el Testador, se aya de entender con las palabras que suenan, sin recurrir à nimias presumpciones, ni subtilezas, (11) y que no aviendo, como no ay, mas voluntad explicada, que la institucion pura de heredero à Don Ambrosio, assi lo hemos de entender, y sin el gravamen, y condicion de la restitucion, que se quiere presumir, y todo lo que puede ser mas favorable al heredero, y no inducir Fideicommisso, sino es aviendo palabras expressas de donde se puede persuadir; (12) porque vna vez, que puramente le instituyò, nunca se presume, que mudando de voluntad le gravò con el Fideicommisso; y que le embarazò aquella facultad conferida para el vso, y dominio de los bienes al mismo tiempo se lo prohibiera, y se huviera de inferir el caso odioso de no poder vsar de aquellos bienes, que como propios se discurrian. (13)

15. Y con mayor razon, quando hallamos conjeturas contrarias, que persuaden lo contrario del Fideicommisso tacito, y que no huvo capacidad de semejante encargo por el dicho Testador, y assi se justificò en la segunda pregunta del Interrogatorio, y confessaron Don Martin del Real, y su Compañero, que assistieron al Don Juan Magdaleno, el que vnicamente huvo la institucion pura de heredero, y que no huvo otra disposicion, que la contenida en el Poder.

16. Compruebase tambien, de que llegado el caso de hazer el Testamento, se insertò el dicho Poder, relacionando el todo de sus Clausulas à su contenido, y especialmente en la institucion de heredero no se vsò de voluntad confidenciada, sino es que declaraba le avia instituìdo por su heredero, y si otra cosa le huviera comunicado, siempre huviera relacionado, que aunque no estava contenido en el Poder, lo declaraba porque se le comunicò.

17. Tambien se persuade de tener probado à la novena pregunta de su Interrogatorio, que al tiempo que el dicho Don Juan su hermano otorgò el Po-

(11) *L. In conditionib. primum locum, ff. de conditionib. & demonst. L. Si cui legatus*, versic. *Neque enim, ff. eod. L. Fideicommissa, §. Item, ff. de legat.3.*

(12) Vt Dom. Castill. *lib. 4. cap.8. n.8. Non inducit, nisi expresse de voluntate Testatoris appareat. L. Quidam cum filium, ff. de hæred. instituend. L. Gallus. §. Quidam rectè, ff.* de *liber. & posth. vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi potest. L. Ex verb. eod. de donat. inter vir. & vxor.*

(13) *L. Vnum ex familia, §. Si rem, ff. de legat.1. §. Vltim. Instit. de hæredum qualitate. L. In re mandata, C. de mandat. L. Non vsque, ff. si quis apparente fuerit manumissus.*

Poder para testar, solo pronunciò, que lo dexaba por su Albacea, y heredero, sin express ar general, ni especialmente encargò gravamen, ni otra circunstancia alguna, de que le comunicaria, ni le avia comunicado, y que antes bien se resistia à otorgar el Poder, por querer hazer su Testamento el dia siguiente, y que resultò à otorgar el Poder, se le advirtiò por Don Fernando Teràn, que alli podia poner los particulares importantes de su voluntad, y que bolviò à repetir mi hermano Albacea, y heredero, sin añadir palabra alguna mas; lo que es prueba evidente, de que nada le comunicò, y que la generalidad de la cabeza del Poder, es Clausula acostumbrada de los Escrivanos.

18. Pruebase tambien el defecto del tal Fideicommisso, de ser cierto estar justificado, que el Don Ambrosio es vn hombre sencillo, y de ninguna inteligencia, y que despues de otorgado el Testamento, respondia con la mesma sanidad de la docilidad de su genio, y como su hermano nada le avia comunicado, por lo que se debe desde luego presumir la persuasion de los dos Canonigos para el otorgamiento de semejante Poder, porque assi de las Clausulas antecedentes, como de lo que despues se explica, y de las palabras del disponente, y de su capacidad, se infiere el hecho veridico del error, ò inducimiento, q̃ se trata de probar; (14) y con mayor razon lo debemos dezir, y presumir de sugeto en quien se puede discurrir, y considerar como rustico.

(14) *L.* 1. *versic. Sin autem, ff. de hæred. instituend. L. Cum pater.* §. *Cum imperfecta, ff. de legat.* 2. D. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 77. *Vel ex eo etiam quod dispositio fieret ab homine non jurisperito.*

19. Y aunque es verdad, que la Parte de la Colegial puede hazer alguna consideracion sobre dezir, que ay confession de el gravado del tal Fideicommisso, y que en este caso basta esta confession para inducirlo, para que se puede traer, (15) en el mismo està la respuesta, porque và trayendo la question, quando por conjeturas se puede inducir, aunque falten las palabras que la expliquen, y poniendo las tres opiniones, y remitiendose à lo que tenia dicho en el cap. 8. y 9. y que siempre se ha de entender por regla, que en duda censerit libere relicta à Testatore hæredi non autem onere restitutionis, & Fideicommissi gravata, dize despues, que concurriendo algunas conjeturas, que algunos Autores refieren, que son las que estàn ponderadas,

(15) D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 69.

das, entonces se induce el Fideicommisso, (16) y como ya llevemos fundado, quales sean estas conjeturas, y que ninguna de ellas concurre por la confession, que suena hecha, no se induce el Fideicommisso, que la Colegial quiere persuadir.

20. Y por otra razon, que resulta del mismo lugar del señor Castillo citado; porque sentando la segunda conclusion negativa, de que por ninguna conjetura se puede inducir el Fideicommisso, sino es que expressamente estè contenido en el Testamento, que tambien se desvanece por las conjeturas, que contrarias ay, porque como sea lo contrario querer persuadir vna nueva disposicion, quia tunc agitur de nova dispositione inducenda, como dize el señor Castillo, no bastando para esto solamente conjeturas, las que huviere contrarias afiançan la disposicion, como mas favorable al heredero, non autem onere restitutionis, & Fideicommissi gravatæ. (17)

21. Y aviendo tan especiales conjeturas, que persuaden, que no huvo tiempo para encargar el Fideicommisso, ni que tal se le comunicasse à D. Ambrosio, porque no señala la Colegial en que tiempo le comunicò, si antes del Poder, ò al tiempo que se otorgò, ò despues de averse otorgado, no queda duda, de que tal Fideicommisso no huvo; y con mayor razon, quando se probò à la octava pregunta, que fue incapaz de que antes del Poder el Don Juan comunicasse à su hermano cosa alguna, porque avia muchos años, que el Don Juan, ni otros sus hermanos se trataban con el dicho Don Ambrosio, y que tenian continuos disgustos, y que aunque le socorria su diario alimento, era con estrechèz, y displicencia, y sin permitirle entrar en lo interior en las casas de sus hermanos, porque solo rara vez llegaba al portal de ellas à saber, ò preguntar, ò pedir alguna cosa à los sirvientes.

22. Y tambien se ha justificado en la misma octava pregunta, que solo entrò la noche en que recibiò los Santos Sacramentos, y subiò à verlo, y se otorgò el Poder, estando presentes los dos Canonigos, y en este lançe del otorgamiento nada le comunicò, y antes sì el dicho Don Ambrosio pidiò à los Canonigos, se interpusiessen con su hermano, para que algo

(16) *In §. Supposito in med. in dict. cap. 69. Quod quãdo nihil fuit expressum, neque scriptum in testamento aliunde tamen probari potest, Testatoris voluntas fideicõmissum induci possit.*

(17) *Leg. Quidam cum filium, ff. de hæred. instituend. L. Ex verb. C. de donationib. inter vir. & vxor.*

le dexasse con que passar los cortos años de su vida en su abançada edad, y quien esto pedia, còmo era capàz, de que estuviesse sabidor, ni se le huviesse comunicado disposicion alguna.

23. Tambien està justificado, que no hablò palabra el Don Juan con el Don Ambrosio, y que este mediante su edad abançada, se fue à recoger à sus casas, y no bolviò hasta la mañana siguiente, en ocasion que ya estava espirando el dicho Don Juan; con que no damos capacidad antes del Poder, ni en el acto de èl, ni despues de èl, para que le huviesse comunicado disposicion alguna; pues en què ha de consistir el Fideicommisso tacito, ni qual puede ser la conjetura, que afiançe vna disposicion contraria al contenido del Poder, y tan nueva, que altere la naturaleza de la institucion; y tambien lo persuade, lo que està probado à la primera pregunta, que el Don Juan siempre se resistiò à otorgar el Poder, y difiriò para el dia siguiente otorgar el Testamento, y si tuviera comunicado con su hermano la disposicion de èl, y lo que avia de executar con su caudal, nunca difiriera el otorgar el Testamento, ni se escusara de otorgar el referido Poder, lo que es clara presumpcion, y no presumpcion, sino es evidencia, de que no huvo tal Fideicommisso.

24. Y tambien lo verifica el estar probado, y no negarse por la Colegial el hecho, de que persuadiendo el Don Martin del Real, que presente se hallò, al Don Juan, que le dexasse algo à la Iglesia, se avia enfadado, y bueltose à la pared, diziendo, que bastante se le avia dado; de que saliò disgustado el Don Martin, y diziendole al Don Ambrosio, que si solicitaba vna limosna, ya era dueño del todo: y que preguntandole el Canonigo Tamajòn despues de otorgado el Poder, que què avia passado? Le respondiò, què ha de aver, si es vn ganso, hijo de otro ganso: de lo qual se infiere las notables consequencias, de como nada le comunicò al dicho Don Ambrosio, ni este pudo hablarle para ello, ni libertad, ni facultad en el tiempo del Poder, y como à la Iglesia nada le quiso dexar, por lo que ya le avia dado; y siendo el Fideicommisso reducido à darle el todo, ò la mayor parte à la Iglesia, es evidente ser contrario à la voluntad, y mente del Testador.

Lo

25. Lo mismo se justifica del hecho de que duda: Luego Don Ambrosio vsò de el caudal como proprio, haziendo varias limosnas, y dando à entender, que solo le administraba por averlo ofrecido à Dios, y sus pobres, y que tambien diò à la Colegial para su obra, lo devengado de granos, y maravedis en la Canongia de su hermano; lo que depone Toribio Martinez, testigo de la Colegial: y si se le huviera encargado el Fideicommisso, que en el Testamento suena, nunca dispusiera con esta libertad del caudal, ni la Colegial le huviera pedido la limosna, que le diò, pues venia à ser dueño de todo; y tambien, el que andaba consultando el modo de disponer del caudal, como lo quiso hazer con Don Juan Ramos, Cura de la Colegial: Pues si avia persona cierta, y determinada à quien avia de instituir, à què fin avia de hazer las consultas? Y tambien lo justifica el estar à la quarta pregunta probado, que los dos Canonigos Don Martin del Real, y Tamajòn, desde luego que muriò el Don Juan, solicitaban conversaciones con el Don Ambrosio, y procuraban estuviesse solo, y entornaban la puerta para hablar, donde le trataban con gran cariño llamandole hermano, y aviendo diferentes agassajos de parte à aparte: todo lo qual està persuadiendo ser incierto el tal Fideicommisso, y todo lo que en su virtud se obrò, contener notoria nulidad. (18)

26. Y por otra razon, de vèr que lo relacionado en el Testamento es contrario expressamente al Poder; y siendo precisso, que dos cosas contrarias, la vna sea falsa, (19) por lo que es precisso entender, que la falsedad no se la podemos atribuir al Poder, porque de su certeza no se duda; con que ha de ser al Testamento, y como el Comissario en conformidad de la Ley Real, (20) precissamente debe ordenar el Testamento por la disposicion especial del Poder; pues el animo volens del mandante, es la justa sentencia de su voluntad, y la ley, q̃ en su Testamẽto se debe observar, no debiò introducirse volũtad cõtraria del Comissario, ni otra captatoriamente sugerida del D. Ambrosio, por lo que fue nulo todo en lo que assi se excediò; (21) de manera, que aviendo sido el excesso tan grande, y en parte tan principal, y substancial, como es la institu-

cion,

(18) Antun. *de Donation. lib.* 3. *cap.* 31. *n.* 35. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 121. & 176.

(19) D. Valenç. *cons.* 187. *n.* 151. Roxas *de Incompatib. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 5. *L. Hæc verba, ff. de verb. significat.*

(20) *L.* 5. & 6. *lib.* 5. *Recopil. tit.* 4.

(21) Azeved. *in dict. leg.* 5. *n.* 1. *L.* 19. *tit.* 5. *p.* 4.

cion, que debiò ser de heredero puro, y se convirtiò en gravada, se desubstanciò en tanto grado la expressa disposicion, y voluntad del mandante disponente, que verdaderamente no se puede dezir, que aquel sea su Testamento. (22)

(22) Matth. *in leg.5.tit.4. lib.5. Recop. n.2.*

27. Mediante dicha nulidad, si el Comissario se hallàra dentro del termino señalado por la ley 33. de Toro, pudiera, y debiera hazer nuevo Testamento arreglado al Poder; pues aunque por la ley 35. se prohibe, que el Comissario pueda revocar el Testamento, que vna vez en fuerça de el Poder otorgò, no comprehende esta ley, el que con nulidad se avia otorgado, y contrario al mismo Poder; (23) pero passado que ha sido dicho termino, es terminante la disposicion de la dicha ley 33. de Toro, para que no sea otra la disposicion del Canonigo Don Juan, que la que contiene su Poder para testar, donde se halla, que su hermano Don Ambrosio quedò por su heredero puro, y sin gravamen alguno, y no ay mas disposicion, que aquella que influyeron los dos Canonigos, valiendose de la ocasion de la cortedad, y sencillèz de Don Ambrosio.

(23) Gutierr. *lib. 3. Pract. q. 49. n. 1. & 8.* Tello Fern. *leg.31. Taur. n.2. vers. Verum.* Mieres *de Maioratib. p. 1. q. 48. n. 45. & q. 52. n. 8.* D. Salgad. *2. part. Labyr. cap.10. num.9.*

28. Que lo referido operassen, y facilitassen por no ser Don Ambrosio capàz de entenderlo, ni de poder conocer su perjuizio para resistirlo, se halla justificado à la sexta pregunta de su Probança con mucho numero de testigos; pues sobre ser anciano de mas de 80. años, que en lo natural sus potencias se hallan torpes, y remotas, es vn hombre, que toda su vida se criò en el campo en la lavor, y por esta razon con rustiquèz, y ninguna inteligencia en tales disposiciones, à que concurre ser de vn natural de notable sencillèz, y muy confiado de quien haze concepto, que todo ello le constituye en no capàz de conocer quien le engaña, y ser de buena intencion; pues desde luego que heredò tuvo aquella buena luz para consagrar à Dios su caudal en pobres, y obras pias, y solicitar director recto, sin ser capàz de poner la mas leve dificultad en lo que se le dirigiesse.

29. Y esto mismo se justifica de los dichos dos Canonigos, pues por no constituirse en peor mala fee; si negàran estas notorias calidades del Don Ambro-

broſio, y el averlo traìdo aſsi, articularon à la ſegunda pregunta de la Probança de la Colegial, y declararon, que ellos fueron los que traſſaron todo el contenido del Teſtamento, haziendo el borrador el Canonigo D. Martin en ſu caſa, y ſiendo el manuenſe dèl D. Juan Moniel, Eſcrivano, y Pertiguero de la Colegial (quien tambien lo depone como teſtigo) que es lo que baſta para prueba plena del contenido de el Teſtamento, y que fue idèa voluntaria de los miſmos Canonigos toda ſu diſpoſicion.

30. Pruebaſe tambien de las Fundaciones, que ſe hallan de las Capellanias de Coro, ſin carga alguna, ni de vna Miſſa para el Alma del Teſtador, ſin llamamiento de Parientes, ſeis Aniverſarios, ſeis Muſicos, y otras dotaciones à la Colegial, todo ello mirando al vtil de eſta, y à que pudieſſe entrar en el todo del caudal, quando el miſmo Teſtador nada le quiſo dexar, aunque ſe le perſuadiò à ello, y dixo, que baſtante ſe le avia dado; con que ſe manifieſta, que los que teſtaron fueron los Canonigos, y no Don Ambroſio, y aſsi ſe probò à la ſeptima pregunta, y fue fama publica en dicha Ciudad; luego que ſe llegò à entender el Teſtamento, y ſu contenido, lo que perſuade la ſugeſtion de èl.

31. Y el meſmo contexto del Teſtamento, y ſus diſpoſiciones eſtà manifeſtando, el que quien le otorgò, y diſpuſo fueron los dichos Canonigos, y à ſu arbitrio, ſin que pudieſſe conocer, ni entender el Don Ambroſio lo que aſsi contenia: Pruebaſe lo primero, de averſe pueſto por legado con titulo de voluntad comunicada de ſu hermano, el que ſe le dieſſe à la Colegial, lo debengado de granos, y maravedis de ſu Canongia, quando eſtà probado, que Don Ambroſio de ſu propria voluntad hizo eſte legado por via de limoſna, pedida por los Canonigos, exceptuando la porcion de habas, porque inviò diziendo, que lo demàs lo recibieſſen para la obra; con que falta la razon, que ſe motivò para el legado: Lo ſegundo ſe prueba de averſe hecho legados vitalicios à Doña Michaela de S. Miguel, Religioſa, y à Doña Sebaſtiana Lopez, que ſe dixo avia criado en ſus caſas el Don Juan, ſiendo aſsi, que eſtas ſon hijas naturales del Don Ambroſio, y conoci-

das por sus apllidos, y se omite vno, y otro en el Testamento estudiosamente, para que por el titulo de hijas no pudiessen pedir los alimentos, que les son debidos; y no siendo dable, que esto lo permitiesse el Don Ambrosio, ni que aquel cariño natural de Padre fuesse pospuesto por vtil de la Colegial, se verifica el como le divirtieron, y se valieron de la ocasion, para que no entendiesse el contenido, y asi resulta justificado à la duodezima pregunta; pues aviendole convenido al Don Ambrosio sobre esta Clausula, se sintiò de ello mucho, y manifestò le avian engañado, y entendido de ello, y de las demàs suposiciones, desde luego tratò de consultar la falsedad, y nulidad, que contenia el tal Testamento.

32. Lo tercero se prueba, de que se hizo tambien legado à la Doña Sebastiana de todos los bienes del omenage de casa, siendo asi, que Doña Maria de Angulo, hermana del Don Ambrosio, hizo legado à la susodicha llamandole su sobrina, de las prendas de oro, y plata, y alhajas, que avia avido en las particiones de sus Padres: Nunca lo podia ignorar el D. Ambrosio, pues en las particiones se hizo adjudicacion de ellas, y asi es prueba evidente, de que ni los Canonigos en su casa, donde fabricaron el borrador, le participaban lo que hazian, ni que huviesse alguna junta en que lo llegesse à entender, ni menos al tiempo del otorgamiento.

33. Lo quarto se prueba, de que teniendo Don Ambrosio muchos parientes pobres, y que teniẽdo el animo de dedicar su caudal para los pobres, no es verosimil, que los olvidasse en el todo en el Testamento, y les aborreciesse, quando lo contrario siempre se presume, y antepuestos à otro qualquiera estraño, por ser de la sangre, y que primero deben ser amados, y socorridos. (24)

34. Pruebase lo quinto, de constar en el Testamento fundadas ocho Capellanias de Coro sin carga alguna, ni aun vna Missa por el Alma del Fundador, sin dar preferencia à parientes, ni reservar el derecho de Patronato, y tambien se hallan fundados seis Aniversarios, la creacion de seis Musicos, y otras dotaciones en la Colegial; siendo asi, que el Testador à las ins-

(24) *L. Cum abus* 102. *ff. de condit. & demonstrat. L.* 30. *Cum acutissimi, C. de Fideicomm.* D. Hieron. Matth. *cap.* 10. D. Aug. *lib.* 1. *de Doctrina Christ.* Gutierr. *lib.* 3. *Pract. q.* 17. *n.* 273.

instancias, que le hizo el Canonigo Don Martin, sobre que dexasse caudal à la Iglesia, se escusò diziendo, que bastante le avia dado, y aora se quiere persuadir, que le diesse el todo, solo mirando su propio interès, y à el fin de engrossar sus Prebendas, como se reconoce en las dotaciones de Maytines, de varias Festividades, y Octavario de Concepcion, que es de la obligacion precissa de los Canonigos; con que la dotacion solo mirò à el aumento de la renta sin remuneracion alguna.

35. Y aunque se quiere inferir el tal Fideicommisso, y persuadir de el Testamento, que otorgò Don Ambrosio, por la confesion que en èl haze, de que el caudal que le avia comunicado su hermano, era segun en el Testamento se disponia: esta misma confession està persuadiendo, el que tal encargo no le hizo el hermano, y sin embargo de ella se ha de estar à la institucion pura del Poder, porque fue executada con error, y lo que assi se practica es lo mesmo, que si no se huviera executado. (25)

36. Y es la razon: porque todo Fideicommisso debe pender de la disposicion, y voluntad de el disponente, y como la confession del Testamento sea contraria à la disponente en su Poder para testar, sin que dexasse otra alguna confidenciada à su heredero: Luego este en el acto del Testamento no puede practicar suya ex sua potestate, ni menos pudo poner en arbitrio captatorio de los Canonigos, el que executassen lo contrario de lo que dispuso, y fue todo lo que se executò nulo. (26)

37. Y como estè justificada la nulidad, que intervino en suponer el Fideicommisso aquella confession, de que el Cabildo se vale, y en que quiere persuadirlo, no le dà derecho para inducirlo, y especialmente quando se terminò à el Poder para testar; pues segun lo dispuesto por la Ley Real, el Comissario no puede exceder del contenido del Poder; ni hazer disposicion, que en èl no estè expressa. (27)

38. Pruebase tambien la suposicion del tal Testamento, y declaracion, que en èl se haze, de que no aviendo ley, ni disposicion, que prevenga ratificacion de las Escripturas de Testamentos, porque la Ley Real

(25) Fussar. *de Substit.* q. 501. *n.*2 Gutierr. *de Iuram.* 3.*p.* *cap.*7. *y* 8. Cevall. *comm. contra comm.* q.668. Escob. *de Purit.* q.6. §.3. *n.*6. D. Salgad. *Labyr. part.*1. *cap.*7. *n.* 30. *L.*5. *tit.*13. *p.*3.

(26) D. Salgad. 2.*p.* *de Labyr. cap.*10. *n.*21. & 33. *L. Ornament. ff. de aur. & argento legato.* Fussar. *vbi supra n.* 4. & *dict. cap.*7. Salg. *n.*30.

(27) Fussar. *vbi supr. n.*10. Azeved. *in leg.* 1. *n.* 66. & *leg.*6. *num.*24. *tit.*4. *lib.*5. *Recop.* Ayllon *tom.* 1. *cap.*5. *num.*26. versic. *Eundem.*

Real les dà la mayor firmeza, y porque en el caso de que nulidad contenga, la ratificacion no le dà validacion, aunque se hagan repetidos actos ratificatorios: (28) vemos, que despues de hecho el Testamento solicita la Colegial la ratificacion, que es prueba evidente de la cautelosa diligencia de el fraude, y dolo, que intervino para su otorgamiento. (29)

(28) Salg. 2. *part. Labyr. cap.* 10. *n.* 20. Gratiano, *discept.* 535. *n.* 20.

(29) D. Vela, *dissert.* 12. *num.* 35. & 73.

39. Si el Cabildo estava cierto, en que el Testamento se avia otorgado legitimamente, y con plena deliberacion, y libertad, à què fin fue preguntarle à Don Ambrosio, si le avia otorgado, si era aquel su contenido, y lo mesmo que le avia comunicado su hermano; pues no podia por vna declaracion darse mas validacion, que aquello que executado estava por vna Escriptura publica de Testamento, y assi se manifiesta la sospecha en que estavan de la persuasion, y lo afiança el vèr que se solicita, el que aya Auto declaratorio de el Juez sobre la validacion de el Testamento, quando no avia pleyto alguno en dicha ocasion que le dudasse, y esta misma sospecha la afiança la peticion, que suena dada à nombre de Don Ambrosio, pues se ha probado à la vndezima pregunta, que dicha peticion la mandò hazer el Canonigo Don Martin en el Estudio de Don Francisco Ramos, Abogado del Cabildo, y que la escriviò vn hijo del susodicho, y la entregò à Alvaro de Torres, Proçurador del Cabildo, quien la entregò al Don Martin, y este hizo la firmasse el Don Ambrosio estando en la obra de la Colegial; de que resulta, què ni la declaracion, ni el pedimento pueden tenerse por prueba del Fideicommisso, que se quiere persuadir, pues se executaron con la misma cautela, dolo, y engaño, que el Testamento. (30)

(30) *L.* 3. *C. de Tabularijs.* Menoch. *lib.* 2. *de Arbitrar. casu* 194. *n.* 41.

40. La probança, que ha hecho la Parte de la Colegial, no parece puede tener la menor atencion; porque de los veinte testigos, que se examinaron, los tres son Canonigos, y los dos el Martin, y su Compañero, que causaron la persuasion, como queda justificada, y assi como Partes, y como Reos, no es capàz de que sean testigos, ni sus dichos atendidos; (31) otros cinco Capellanes de su Coro, interessados tambien en la causa, y no capazes de admitir sus dichos; otro Pertiguero; otro Mayordomo de su Mesa Capitular; otro Maes-

(31) *Ex Text. in leg. Nullus, ff. de testib. L. In omnib. C. eod. cap. Forus. §. In omnib. de verb. signif.*

Maestro de su obra; otro Sochantre, y los demàs sirvientes de estos mismos, que fuera razon practicar lo mismo, que dize (32) que no solamente no hazen fee, sino es que previene, no se oygan los dichos, ni se lean.

41. Mas quando no tuvieran el defecto, que và expressado de sus dichos, nada se saca, que afiançe la idèa de la Colegial, porque la segunda pregunta nada sirve; porque se reduce à preguntar; Si Don Ambrosio frequentaba de ordinario las casas de su hermano? No se ha negado, que iba à ellas à que le diesse limosna, y que desde el Portal la pedia; con que de què sirve esto para inducir vn Fideicommisso.

42. Articulò tambien, que luego que falleciò el Don Juan, el Don Ambrosio avia buscado à los dos Canonigos Tamajòn, y Real, y que les avia manifestado la voluntad de su hermano, de dexar el caudal à la Colegial, y que les avia pedido le ordenassen el Testamento: Esto solo lo deponen los dos Canonigos, que son los interessados en que subsista lo que assi por sì dispusieron, porque los demàs no la contestan; y solo vno dize, que es D. Sancho Balsurto, que aviendole pedido à Don Ambrosio, que le reconociesse vn censo, le avia respondido, que viesse à los Canonigos, pues avian de ser dueños del caudal, que esto nada dize respecto al Fideicommisso; con que esta pregunta, que era la principal, se halla sin prueba.

43. Se articulò tambien, que dichos Canonigos coordinaron el Testamento con aprobacion de Don Ambrosio, que le iban leyendo sus Clausulas, y que para esto iba de continuo à sus casas. En quanto à que aprobasse el Tastamento, no ay testigo que lo deponga, y solo los Canonigos, y el Pertiguero lo deponen, porque son los que fabricaron el Testamento, y antes estàn contrarios à la pregunta; pues siendo esta de que iba entendiendo sus Clausulas, el Pertiguero dize, que luego que se acabò el borrador, se avia leìdo en casa del Magistral al Don Ambrosio, y no aviendose hallado en esta junta el dicho Pertiguero, se conoce como vnos, y otros faltan à la verdad.

44. Tambien articulò, que Don Ambrosio avia citado dia para otorgar el Testamento en su casa,

(32) Otero *de Pasc. cap. 37. n. 8. Nec eorum dicta per legere mei permitunt. L. Omnibus, C. de testib. Leg. Donei, ff. eod. cap. Viduum. §. Palam 2. quaest. 6.*

y que para ello citò algunas perſonas, y les diò refreſco, y à los Canonigos: que Don Ambroſio citaſſe dia, no ay teſtigo que lo diga, y antes sì Rodrigo de Piña, Mayordomo de la Meſa Capitular de dicha Igleſia, dize fue llamado por dichos Canonigos antes que huvieſſe otorgado el Teſtamento, aſsi lo deponen; mas ya queda dicho, como ſe practicò dandole en el interin converſacion, para que no lo entendieſſe.

45. Tambien ſe articulò, que al tiempo de otorgarſe el Teſtamento avia manifeſtado el D. Ambroſio, que aquella era la voluntad de ſu hermano: tambien lo deponen, porque eſto fue el principal fin de los dos Canonigos, que avian diſpueſto à ſu arbitrio el Teſtamento, y las Clauſulas de èl, y de todo ſu contenido.

46. Tambien ſe articulò, que Don Ambroſio deſpues de otorgado el Teſtamento dezia, y publicaba, que no era dueño del caudal: que tambien lo reſponden los teſtigos; mas no ay alguno que refiera eſta publicidad antes del Teſtamento, porque lo contrario eſtà probado, de que Don Ambroſio dezia era dueño del caudal, y que en diſpoſicion ſuya lo ofrecia à Dios en pobres, por lo que exercitaba muchas limoſnas. Y lo que ſe ſaca ciertamente de eſtos teſtigos, es la juſta eſcuſa, que Don Ambroſio oponia à preſtamos, que le ſolicitaban, y lo perſuade la depoſicion de Toribio Martinez, teſtigo de la Colegial, que contra producentem depone, què Don Ambroſio daba muchas limoſnas à Cavalleros pobres, y referia era vn mero Adminiſtrador de ſu hazienda, que toda ella era de los Pobres.

47. Tambien ſe articulò, que deſpues de otorgado el Teſtamento Don Ambroſio, avia llevado à caſa del Canonigo Tamajòn, y de ſu libre voluntad le entregò todos los Titulos del caudal: y lo que los teſtigos, y los dos Canonigos reſponden es, que los avia llevado antes de otorgarſe el Teſtamento, no deſpues, y lo miſmo depuſo el Pertiguero, y el Teſtamento lo manifieſta, pues ſe haze cargo de ellos; con que ſe vè la malicia de la pregunta, al fin de fundar dominio en los bienes por la tradicion de los Titulos, ſiendo lo cierto, que los Canonigos ſe llevaron de la caſa los papeles,

peles, que les pareciò, y despues le pidieron los demàs, como està justificado.

48. Tambien se articulò, que el Don Juan tuvo mucho cariño à su Iglesia, y gastò en la obra mas de doze mil pesos, y que manifestaba, que su caudal era para la Iglesia: Esto lo deponen los testigos, mas poco importa, que tuviesse tal animo, si al tiempo de testar no lo confirmò, y assi es vna voluntad imperfecta, que no dà derecho alguno. (33)

49. Tambien se articulò, que en la obra que hizo Don Ambrosio en el Molino de azeyte, avia puesto por remate las Armas de la Iglesia: Que las Armas se pusiessen es cierto, mas que fuesse de orden de Don Ambrosio no lo deponen los testigos, y asi fue pura disposicion de los Canonigos, valiendose de la sencillèz de el Don Ambrosio, que nunca tal pudo entender, porque no tiene forma de Armas, sino vna Cruz de piedra con vn globo sobre que està puesta.

50. Tambien se articulò, que despues de otorgado el Testamento Don Ambrosio, avia manifestado se hallaba gustoso, y que hasta que el pleyto se moviò no avia manifestado, que el caudal era suyo; y aunque algunos testigos dizen estos particulares, el hecho de la fabrica de las Escuelas los desvanece, pues mucho antes de que el pleyto se començasse, se avian estado fabricando las Escuelas, y comprado las casas en que estàn para ellas, y estavan acabandose quando començò el pleyto, y si no se consideràra dueño, nunca tratàra de distribuir el caudal à su arbitrio.

51. Tambien se articulò, que Don Ambrosio avia cumplido los legados del Testamento: refieren los testigos dà vnos alimentos, legados à Doña Antonia, y Doña Josepha Espinosa; mas es de advertir, que estos los daba el Don Juan por precissa obligacion; y que Don Ambrosio lo que ha hecho es continuarlos en caridad. Tambien se quiso probar, que Don Ambrosio no avia querido dexar nada à sus parientes, aunque al tiempo del Testamento se le hizo presente, y los testigos algunos lo deponen, mas esto ya se vè el reparo tan contrario à lo verosimil, y natural, y que en derecho se prueba. (34)

52. Tambien se han valido de el Testamen-

(33) *Leg. Bonà* 31. *ff. qui testam. facere pos.* Azeved. *in leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Pichard. *in* §. 2. *Instit. quib. mod. test. infirmat. n.* 35.

(34) *L.* 67. *ff. de legat.* 2. *L.* 59. §. 1. *ff. de iur. dot. L. Cum acutissimi, ff. de fideicom.*

mento, que despues avia otorgado Don Ambrosio, en que ratifica el antecedente, que todo esto mira à que continuaba la persuasion, y engaño, en que le tenian, y como actos, que se executan en fuerça de la misma violencia: sabido es en derecho, que no dàn fuerça, ni subsistencia al tal acto celebrado: (35) y mas quando se vè, que luego que llegò à entender à lo que le avian persuadido, lo reclama, y manifiesta el dolo con que se avia executado, y vsa de su derecho.

53. Sin que sea necessario, para que no subsista esta disposicion, que huviesse violencia especial, sino que basta qualquiera persuasion, que para ello huviesse, que esta nadie la negarà, en la especie de este pleyto la huvo de parte de los Canonigos, y esta persuasion, y palabras hazen ninguna la disposicion; y assi refiere vna decision (36) de caso quasi semejante, y aun menos estrecho, pues avia instituido el Testador herederos à vnos hermanos pobres, y despues otros parientes le persuadieron con palabras suaves revocasse la disposicion, y los instituyesse à ellos, y se declarò por el Senado nula esta segunda institucion: y es la razon, que lo mesmo es la violencia, que las palabras suaves, y persuasivas, (37) y alguna vez son mas eficazes, que la coaccion, (38) como sucede quod in virgine blandidis, & amatoris verbis ad strupum persuasit non minus, quam si violenter eam strupasse puniatur. (39)

54. Y assi espera Don Ambrosio, que en esta instancia de revista se confirme la sentencia de vista, que manifiesta el dominio, que del caudal tiene D. Ambrosio, y que se vse de èl, y se declare por nulo el Testamento. *Salva in omnibus, &c.*

*Lic. D. Lorenço de Mendoza Jordàn y Fuenmayor.*

(35) D. Valenç. *cons.* 29. *n.*3. Farinac. *tom.* 3. *decis.* 779. Noguer. *alleg.* 29. Hermosill. *leg.* 56. *Gloss.*2. *n.* 20. *tit.*5. *p.*5. D.Covarr. *de Matrim. cap.*3. §.6. Garc. *de Nobilit. Gloss.*19. *n.*48.

(36) Escobar *de Ratiocin. cap.*19. *n.*58.

(37) *L. Eum qui, C. de apostat.*

(38) *L.*1. §. *Quod antea, ff. de serv. corrupt.*

(29) *L. Vnic. C. de rapt. virg.*

Diolo à esta libreria del Colegio Mayor de ... D. Juan Guerrero Berrio Colegial de esta Sta. Casa.